

# Teología moral y justicia penal en Lima siglo XVIII: el lenguaje normativo-teológico y los delitos

## *Moral Theology and Criminal Justice in 18th Century Lima: Normative-Theological Language and Crimes*

Elaine GODOY PROATTI

 <https://orcid.org/0000-0001-8097-0434>

Programa de Doctorado de la Universidade de São Paulo, Brasil

Correo electrónico: naneproatti@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487880e.2024.45.16028>

**RESUMEN:** Nuestro objetivo es comprender las relaciones entre la teología moral y la justicia penal en los procesos criminales de la Real Audiencia en Lima. Las preocupaciones por la acción de la justicia criminal parecen tener un sentido teológico además de normativo. La teología cumplió una función normativa y correctiva en la construcción de esta sociedad colonial, jerárquica y desigual. Las leyes coloniales hacían parte del argumento jurídico, así como lo fueron las costumbres, la experiencia, la prudencia y el arbitrio del juez. Un buen ejemplo de ello se puede ver en la forma en que se repetían, en los procesos, los argumentos teológicos de equidad, intención, voluntad, conducta moral, o de “buen ejemplo” social en el Perú colonial.

**Palabras clave:** justicia penal, derecho indiano, procesos criminales, teología moral.

**ABSTRACT:** Our aim is to understand the relationship between moral theology and criminal justice in the criminal trials of the Royal Court in Lima. Concerns about criminal justice action seem to have a theological as well as a normative sense. Theology fulfilled a normative and corrective function in the construction of this hierarchical and unequal colonial society. Colonial laws were part of the legal argument, as were customs, experience, prudence and the judge’s discretion. A good example of this can be seen in the way in which the theological arguments of equity, intention, will, moral conduct, or social “good example” were repeated in trials in colonial Peru.

**Keywords:** criminal justice, indian law, criminal proceedings, moral theology.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Contexto teológico-moral: el probabilismo como una forma de percibir el pluralismo jurídico.* III. *El concepto de conciencia de la teología moral.* IV. *La teología moral en el proceso penal a través del análisis de casos criminales.* V. *Consideraciones finales.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo es comprender las relaciones entre la teología moral y la justicia penal en los procesos criminales de la Real Audiencia en Lima. Las preocupaciones por la acción de la justicia criminal parecen tener un sentido teológico además de normativo. En el siglo XVIII tenemos, aún, un Estado sustentado por el providencialismo, donde las decisiones políticas y jurídicas estaban inspiradas por Dios o hacían referencia a la teología moral. La teología cumplió una función normativa y correctiva en la construcción de esta sociedad colonial, jerárquica y desigual. Las leyes coloniales hacían parte del argumento o discurso jurídico, así como lo fueron las costumbres, la experiencia, la prudencia y el arbitrio del juez. De esta manera eran utilizadas otras fuentes del derecho para hacer justicia. Un buen ejemplo de ello se puede ver en la forma en que se repetían, en los procesos, los argumentos teológicos de equidad, intención, voluntad, conducta moral, o de “buen ejemplo” social. En el Perú colonial el delito era valorado tanto teológicamente cuanto normativamente, haciendo parte del control y poder coactivo del Estado. De este modo, la buena administración de justicia y la represión de los delitos/pecados eran acciones promovidas con el fin declarado de corregir y evitar males colectivos, así como de obtener el perdón o misericordia divina.

Para comprender mejor las relaciones e imbricaciones entre la teología moral y la justicia, a través de algunos de los procesos criminales llevados ante la Real Audiencia de Lima en el siglo XVIII, deberemos entender y aclarar cuales fueron los conceptos relevantes para cada una de ellas en el contexto colonial.

Como referencia metodológica, en relación con los conceptos, consideraremos el pensamiento de Reinhart Koselleck,<sup>1</sup> para afirmar que el estudio de un concepto debe darse en relación con su contexto social, político y por su experiencia histórica. De esta forma, los conceptos, y sus diferentes sentidos pueden identificarse según el periodo histórico que les es específico en su uso, reconociendo de esta manera, su historicidad y su polisemia. Se encuentra presente, en lo semántico, una diacronía en la sincronía. Es por tal motivo que cada concepto *capta* el contexto en la dimensión diacrónica, cuando se comparan sus análisis y confrontan sus permanencias.

Los escritos de Rafael Ruiz también son una referencia a esta temática.<sup>2</sup> Su obra «La ley para el juez o el juez para la ley», nos aclara cerca del papel

---

<sup>1</sup> Koselleck, Reinhart, *Futuro pasado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. de Wilma Mass, Río de Janeiro, Brasil, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 2006.

<sup>2</sup> Ruiz, Rafael, “La ley para el juez o el juez para la ley: la trayectoria del papel del juez en

del juez en la construcción del Estado moderno y su función como intérprete de la ley, a través de la doctrina de los juristas entre los siglos XVI y XIX.<sup>3</sup>

El historiador del derecho, Víctor Tau Anzoátegui explica que, para poder observar la experiencia jurídica es necesario conocer los mecanismos actuantes en el espacio, en el contexto que separaba la norma de su aplicación efectiva:<sup>4</sup>

Dentro de ese abigarrado tejido normativo hay intersticios que dan cierta libertad de acción a individuos o corporaciones para operar conforme a sus prácticas e intereses. Allí aparecen privilegios, excepciones, dispensas y también silencios, tolerancias y disimulaciones para moderar el rigor de ciertas normas; se admiten suplicaciones y actúan así mismo la equidad y el arbitrio judicial para templar la aplicación en los tribunales. Eran instrumentos a los que acudía el jurista para encontrar soluciones flexibles ante determinados hechos o situaciones, reacios a someterse a las reglas vigentes [...].<sup>5</sup>

En los procesos criminales podemos observar la creación del derecho y de un sentido de justicia que se revelan al analizar las querellas, los conflictos existentes en la sociedad, los argumentos de los defensores y de los fiscales de la ley, las sentencias y las penas aplicadas, el uso de normas de índole jurídico o teológico, así como las costumbres de la sociedad colonial y los valores sociales que le eran propios. Es solo por medio de este análisis, coyuntural y conceptual, que podremos entender el fenómeno jurisdiccional y la formación de esta cultura jurídica en las Américas. Esta percepción corresponde al «pluralismo jurídico», como lo postuló Paolo Grossi.<sup>6</sup> Tenemos, entonces, para un mismo hecho, opiniones e interpretaciones divergentes, referencias a diversas fuentes del derecho, a la teología, a las costumbres, donde se suplica y apela al arbitrio judicial, por la igualdad, buen juicio y la temperancia en la aplicación de las leyes y distribución de las penas.

---

la construcción del Estado moderno”, en Quintero, José (coord.), *El nacimiento de la libertad en la Península Ibérica y Latinoamérica: Actas del XVI Congreso Internacional de AHILA. San Fernando (España), 6 al 9 de septiembre de 2011*, San Fernando, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos (AHILA), 2014, pp. 709-721.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 710.

<sup>4</sup> Tau Anzoátegui, Víctor, “La disimulación en el Derecho Indiano”, en Barrios, Feliciano (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: Actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cuenca, España, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. II, pp. 1733-1752.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 1734.

<sup>6</sup> Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de Tomás, Francisco, Madrid, España, Marcial Pons, 1996, pp. 44 y 45.

## II. CONTEXTO TEOLÓGICO-MORAL: EL PROBABILISMO COMO UNA FORMA DE PERCIBIR EL PLURALISMO JURÍDICO

Como veremos más adelante, la teología moral y el probabilismo sirvieron como una forma de percibir el pluralismo jurídico. Para esto, hablaremos del contexto del probabilismo utilizando la obra de Paolo Prodi y nos referiremos a un trabajo mío, «Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frey Miguel Agia»:<sup>7</sup>

Cuando se habla del pluralismo de diversas instituciones en las cuales el poder se ejercía, y del desarrollo de la ley en su sentido moderno, Paolo Prodi,<sup>8</sup> partiendo de los glosadores, y del modelo del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici*, observaba que no existía distinción entre la función del legislador y la del juez, porque la autoridad consistía en «decir el derecho» en el ejercicio propio de su actividad en los tribunales sentenciando.<sup>9</sup> Y era aquí, en este punto, donde se configuraba el conflicto entre conciencia y ley.<sup>10</sup>

El conflicto entre conciencia y ley se explica por los cambios conceptuales y coyunturales característicos de la Edad Moderna, como por ejemplo el proceso de desacralización del poder y del nacimiento del individualismo y del humanismo, lo que permitió el desarrollo de un derecho más dinámico. Esta concepción dinámica y positiva del derecho, según Paolo Prodi, no se dio de forma inmediata sino hasta que se puso en práctica en la cotidianidad del período moderno.<sup>11</sup>

Es cierto que en siglo XVI comienza un cambio, pero esa desacralización y el individualismo mencionados por Prodi, solo se consagran, y muy lentamente, en época contemporánea, en los estados católicos.

El pensamiento jurídico de los siglos XV y XVI, influenciado por el Humanismo, marcó un cambio en el interés operacional del derecho.<sup>12</sup> De la comparación y conciliación de las normas, se pasó a un «*esforço de fornecer à norma uma base histórico-filológica e uma reflexão teológico-filosófica capaz de fundá-la e sustentá-la na realidade concreta da sociedade*».<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frey Miguel Agia*, São Paulo, Brasil, Universidad Federal de São Paulo-Escuela de Filosofía, Letras e Ciências Humanas, 2015.

<sup>8</sup> Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, São Paulo, Brasil, Martins Fontes, 2005.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>10</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p.131.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.132.

<sup>13</sup> «[...] en el esfuerzo de darle a una norma una base histórico-filológica y una reflexión

Paolo Prodi menciona que el debate con respecto a los principios del derecho tendía a dislocarse cada vez más hacia el dominio de la filosofía moral, de la ética y de la teología, y a vincularlo con Aristóteles, Cicerón y Santo Tomás de Aquino. Fue en ese momento «*que o pensamento político começava a separar-se do pensamento jurídico, e a reflexão sobre o comportamento moral começava a separar-se do direito canônico para confluir na teologia ou na filosofia*». <sup>14</sup>

Con el acercamiento del comportamiento moral a la teología, se pasó a vincular la noción de *poder* con los intereses públicos, como el *bien común*. Siguiendo esta forma de pensar, propia de los siglos XIV y XV, el ejercicio del poder pasó a justificarse por las necesidades y por su utilidad pública, lo que modificó, al mismo tiempo la noción de *poder* y la de *política* de la época. <sup>15</sup> Sin embargo, a la función política, aparte de la tutela social, se le delegó otra responsabilidad: formar y regular al *individuo*. <sup>16</sup>

En este periodo no contamos aún con la separación entre los foros interno y externo, ni estaba claro lo que eran pecado e infracción, ni lo que era la desobediencia al príncipe ni a la ley. El campo semántico de la noción de *pecado* era amplio, e incluía los casos de delitos tradicionales y de utilidad pública. Surgió entonces una duda: ¿podía la ley humana obligar, en conciencia, bajo pena de pecado mortal? ¿Cuáles eran las relaciones y los “límites” entre pecado y conciencia dudosa? <sup>17</sup> ¿Cómo se podía definir lo que era conciencia? Paolo Prodi la define en un sentido moderno como un tribunal interno del hombre: «*Não apenas a consciência correta obriga a alma, mas também a errônea: portanto, abre-se a discussão sobre a relação entre a consciência subjetiva e a lei*». <sup>18</sup>

Como resalta Rafael Ruiz, en su análisis cerca del concepto de conciencia de Paolo Prodi en esta época, el sistema jurídico se apoyaba en el papel del juez y éste consultaba su propia conciencia. El Estado moderno buscó contrarrestar ese poder jurisdiccional creando leyes escritas y uniformes cambiando el derecho.

---

teológico-filosófica capaz de fundamentarla y sustentarla en la realidad concreta de la sociedad [...]». La cita original está en portugués (nota del traductor). *Ibidem*, p. 168.

<sup>14</sup> «[...] que el pensamiento político comenzó a separarse del pensamiento jurídico, y la reflexión del comportamiento moral comenzaba a separarse del derecho canónico para confluir con la teología o la filosofía [...]». La cita original está en portugués (nota del traductor). Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, cit., p. 170.

<sup>15</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 133.

<sup>16</sup> Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, cit., p. 181.

<sup>17</sup> En el original «consciência duvidosa».

<sup>18</sup> «No solo la conciencia correcta compele al alma, también lo hace la errônea: de este modo, se abre la discusión sobre la relación entre conciencia subjetiva y ley [...]». Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, cit., p. 209.

[...] todo el sistema jurídico se apoyaba, por lo tanto, en el papel del juez, que, a la hora de dictar su sentencia, podría decidir consultando su propia conciencia en lugar de las pruebas que fuesen alegadas en juicio.<sup>19</sup> Una de las primeras tentativas que el Estado moderno utilizó para contrarrestar ese poder jurisdiccional fue la creación de un cuerpo legislativo que fuera tornándose autónomo tanto del derecho canónico como del derecho romano y que iría configurándose en un derecho patrio. El crecimiento y desarrollo del Estado Moderno llevó a una supremacía de la legislación real que fue adoptando el nombre de derecho patrio o nacional, constituido por leyes escritas, homogéneas y uniformes para todos los súbditos, donde los jueces no tendrían que recorrer a su conciencia, mas tan sólo a la letra de la ley.<sup>20</sup>

Entenderemos, en ese sentido, los conceptos de *teología*, *conciencia* y las *normas legales*.

### III. EL CONCEPTO DE CONCIENCIA DE LA TEOLOGÍA MORAL

Cuando se habla de teología moral y probabilismo tenemos como referencia los escritos de algunos autores como Rafael Ruiz,<sup>21</sup> Estaban Llamosas,<sup>22</sup> Eduardo Martiré,<sup>23</sup> Mariluz Urquijo,<sup>24</sup> Ángel Muñoz García,<sup>25</sup> entre otros, juntamente con los teólogos Hermann Busembaum y Juan de Alloza.

Para Ruiz, la conciencia debe ser entendida como una reflexión por parte del juez que precedía las sentencias, «*como um ato da razão prática sobre uma ação ou omissão, ou seja, como um juízo*».<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>20</sup> Ruiz, Rafael, “La ley para el juez o el juez para la ley...”, *cit.*, p. 711.

<sup>21</sup> *Ibidem*, “Formação da consciência do juiz no vice-reinado do Peru”, *Revista História*, São Paulo, núm. 171, julio-diciembre de 2014, pp. 317-350.

<sup>22</sup> Llamosas, Esteban Federico, “Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo: la teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardo colonial”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Ciudad de Córdoba, Argentina, CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, 2011, vol. 14, núm. 2, pp. 175-188.

<sup>23</sup> Martiré, Eduardo, *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias: Del iudex perfectus al iudex solutum*, Buenos Aires, Argentina, Librería Histórica, 2009.

<sup>24</sup> Mariluz Urquijo, José M., “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Perú, núm. 4, 1976.

<sup>25</sup> Muñoz, Ángel, *Diego de Avendaño. Filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima, Perú, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos–UNMSM, 2003.

<sup>26</sup> Ruiz, Rafael, “Formação da consciência do juiz...”, *cit.*, p. 323.

Para ejemplificar más concretamente este punto, Stefania Tutino argumentó que el probabilismo ha servido como una manera de comprender la teología moral y de articular las relaciones entre las normas, los delitos y los pecados.<sup>27</sup> En esta perspectiva, la conciencia servía como un mensajero de la ley divina vinculada a la voluntad del hombre. Teniendo en cuenta las obras de São Tomás de Aquino, Stefania Tutino consideró que los primeros probabilistas modernos pensaban que la conciencia era un lugar híbrido entre la razón y la voluntad, siendo la conciencia siempre vinculativa, mismo siendo errónea, importando más el sujeto de la acción que el propio acto.<sup>28</sup> De aquí resulta la inseguridad y la incertidumbre del acto moral.

[...] Early modern probabilists also significantly transformed the medieval perplexities from a synonym of moral entanglement to a symptom of moral (and epistemological) uncertainty. In effect, where Aquinas saw dilemmas that the moral actor could, and had a moral duty to, solve by means of making prudent judgments and correcting one's erroneous conscience, early modern probabilists saw uncertainty that the moral actor had to reckon with and could not always eliminate.<sup>29</sup>

Teniendo en cuenta la continuación del raciocinio, el padre jesuita Hermann Busenbaum definió en su tratado de teología moral, publicado en 1688, capítulo primero, lo que era la *conciencia*. Ésta sería una regla interior, entendida como el foro interno donde se toman decisiones, ligado a la voluntad y a la intención. Para este teólogo, la «*conciencia es un dictamen de la razón, o un acto del entendimiento con que juzgamos que hic, et nunc se debe hazer (sic) una cosa por buena o se debe dexar (sic) por mala*».<sup>30</sup> Actuar según la conciencia moral significaba hacer juicios en el foro interno antes incluso de decidirse por actuar de un modo u otro. Pero ¿cómo juzgaría la conciencia, en caso de discrepancia, entre los preceptos normativos y la voluntad interna - que se decidía por *algo equivocado*? ¿Cómo se resolvía ese desacuerdo entre la conciencia dudosa y los preceptos legales?

Nuestra pregunta tiene como objetivo encontrar las definiciones de “culpa” y de “pecado” de la teología moral cuando se discute la conciencia como una regla interna, y elucidar como estas dudas de la conciencia también exis-

---

<sup>27</sup> Tutino, Stefania, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A history of probabilism*, Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2018, p. 5.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>30</sup> Busenbaum, Hermann, “Medula de la Theologia Moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermann Busenbaum, de la Compañía de Jesus”, en Ferrer, Antonio, *Tratado: Io., cap.: Io.: «¿Que sea conciencia, y si debe seguirse?»*, Barcelona, España, 1688, p. 1.

tían en la práctica judicial al momento de sentenciar y determinar una pena. Además, la duda de cómo comportarse siempre ha existido en cualquier ser humano, aún más en uno católico. La conciencia moral era la primera regla para ser tomada en cuenta; era una regla interna capaz de juzgar algo como bueno o no, de generar dudas en nuestro pensamiento racional sobre lo que la voluntad deseaba y sobre aquello que las normas y conductas nos obligaban a hacer.

Busenbaum nos respondía que, existiendo la duda, se puede tomar en consideración la opinión probable:

[...] que puede sin culpa seguir la opinión probable, aunque sea agena (*sic*), y menos segura (esto es, la que parece menos desviada de toda especie de culpa, que la otra que lo parece mas) dexando (*sic*) la opinión mas probable, mas segura, y propia, como desto no se siga agravio, ò peligro al próximo, y siendo aun probable la opinión que se abraça (*sic*) [...] La razón es, porque quien sigue una sentencia fundada, ò en autoridad grave, ò en razón alguna de peso (porque esta se llama sentencia probable) no obra con temeridad, sino con prudencia siguiendo el parecer de hombres cuerdos, y doctos.<sup>31</sup>

Por lo tanto, vemos una dialéctica entre la aplicación de los preceptos y normas y su aplicación concreta, pasando por un conflicto teológico-moral que existía entre la conciencia subjetiva y la ley.

Miriam Turrini presenta en su obra «*La coscienza e leggi*»,<sup>32</sup> las características fundamentales de la ley justa: tener como finalidad el bien común, la equidad distributiva, la autoridad jurisprudencial del legislador, la recepción, la aplicabilidad según los datos y la materia consonante con la ley divina natural.<sup>33</sup>

La obligación moral y la intención,<sup>34</sup> ahora fuentes de obligaciones para la conciencia, se sumaron al conflicto entre la conciencia subjetiva y los preceptos legales. El conflicto entre la norma y el individuo permitió olvidar al “ser” en su plenitud. La nueva forma de interpretar la norma jurídica, por medio de la teología moral, se practicaría durante el juicio sobre la juridicidad de los

---

<sup>31</sup> Busenbaum, Hermann, “Medula de la Theologia Moral...”, *cit.*, *Tratado: 1o., cap.: 2o.: «De la conciencia dudosa-Duda II ¿Qué se debe hacer quando ay conciencia especulativamente dudosa?»*, p. 3.

<sup>32</sup> Turrini, Miriam, “La coscienza e leggi. Morale e diritto nei testi per la confessiones de la prima Età moderna”, en *Annali dell’ Istituto storico italo-germanico*, Bolonia, Società editrice il Mulino, 1991.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>34</sup> Decock, Wim, “La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Perú, 2014, núm. 73, pp. 513-533.



comportamientos, substituyendo la obligatoriedad ético-religiosa.<sup>35</sup> Ese cambio pudo haber causado confusión e incertidumbre en el derecho canónico.<sup>36</sup>

Elaine Godoy Proatti, en su obra «*Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frei Miguel Agia*», analizando el concepto de “conciencia” en las obras de Win Decock y Mirian Turrini, argumentó que, según Decock, los teólogos afirmaron que las leyes civiles y el foro externo debían conformarse al derecho natural y a la jurisdicción del foro interno.<sup>37</sup>

De este modo, toda ley humana obligaba, en conciencia, en virtud del derecho natural. En contrapartida, la ley considerada injusta contraria a las exigencias de la naturaleza humana y no obligaba a la conciencia. Esto generó un conflicto, un embate al interior del campo del derecho, cuando se intentó dilucidar cómo el derecho natural podía ser aprobado y condenado simultáneamente, y sobre los mismos aspectos y actos.<sup>38</sup>

En su escrito, Louis Vereecke defiende que el problema moral contra la ley natural era saber si la desobediencia a la ley humana significaba una ofensa a Dios, un pecado. Dios era la base de toda moral, no como una garantía externa, ni como un guardián del orden, sino como un valor absoluto, como el ser y el bien que dependía de su esencia misma para todos los otros valores particulares.<sup>39</sup> La violación de la ley natural separaba al hombre de Dios.

Como se ve, para Proatti, ese valor absoluto, que configuraba todos los otros valores particulares, influenciaba la intención y voluntad del juez y legislador al momento de aplicar y escribir las leyes.<sup>40</sup> La jurisprudencia no hacía referencia tan solo a la regla judicial sino a la formación del juez: «[...] Los jueces no solamente influyen en la norma al juzgar y al sentenciar, sino también, y aún antes que juzgando, fijando los textos y matizando las normas. De ahí que el elemento jurídico doctrinal venga a interferirse en las actividades redactora y juzgadora.»<sup>41</sup>

Con estas perspectivas, entendemos por elemento jurídico doctrinal la intención y todos los principios y valores que se agregaban a ella y motivaban la voluntad de actuar y el acto de juzgar.<sup>42</sup> De tal manera, la intención, un cri-

---

<sup>35</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

<sup>36</sup> Turrini, Miriam, “La coscienza e leggi...”, cit., p. 25.

<sup>37</sup> Decock, Wim, “La moral ilumina al derecho común...”, cit., p. 520.

<sup>38</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

<sup>39</sup> Vereecke, Louis, *Conscience morale et loi humaine, selon Gabriel Vazquez S. J.*, en Delhay, Ph. et al. (coords.), *Bibliothèque de Théologie, Théologie Morale, serie II*, Tourcoing, Desclée & Cie, 1957, vol. IV, p. 54.

<sup>40</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

<sup>41</sup> Pérez, Juan Beneyto, “Fuero, costumbre y doctrina en el derecho medieval español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, 1969, p. 8.

<sup>42</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

terio moral, distinguiría una ley obligada en conciencia de una simple ordenanza.<sup>43</sup> «Era la doctrina moral la que movilizaba el discurso jurídico, dándole el peso de la obligatoriedad de la ley en conciencia».<sup>44</sup> La ley era evaluada más allá de una norma, como una obligación en conciencia.

Sobre la intención y la ley, Para Manuel Puerto:

Francisco Suárez considera que la ley existe como producto de la voluntad del legislador y no por la existencia de una razón material que las justifique. A partir de este concepto de derecho, resulta claro que la interpretación no puede ser otra cosa que la averiguación de la intención del autor. Ésta se presume expresada en las palabras de la ley: si son claras ése es el sentido de la ley; si son ambiguas, es preciso atender a la *mens legislatoris*; si el caso no está previsto en ésta última, el juez empleará la epiqueya, entendida por Suárez como la intención presunta del legislador.<sup>45</sup>

Para Elaine Godoy Proatti, la conciencia ofrecía un principio general para la acción. Descubrir lo que era bueno o malo en cada caso era algo propio del dominio de la razón, del libre albedrío y, en este caso, la conciencia tenía la posibilidad de equivocarse.<sup>46</sup> Podemos afirmar, de acuerdo con lo expuesto y con lo defendido por Luís Bacigalupo, que la conciencia no garantizaba la verdad «en sí misma», sino la verdad «para sí» del principio de acción que ofrecía.<sup>47</sup> En la deliberación hecha sobre la calidad de la acción, la interpretación y el arbitrio eran fundamentales para identificar el motivo y la intención.

Rafael Ruiz considera que

Um juiz, qualquer juiz, deveria sempre julgar conforme o alegado e provado. Sobre esse assunto não haveria dúvida e parece-me que é um consenso entre os historiadores. Contudo, o que nem sempre é levado em consideração é que, mesmo com uma aparência e exigência de objetividade —afinal, o que era alegado e provado em juízo sempre tinha uma base documental ou de testemunhas orais— a função do juiz estava marcada e sustentada pela intimidade da consciência que, em termos morais e jurídicos, manifestava-se pelo arbítrio. O arbítrio não era um elemento accidental, fruto ou resultado da “arbitrariedade” do juiz, mas proces-

---

<sup>43</sup> «Ordenação» en el original.

<sup>44</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

<sup>45</sup> Rodríguez, Manuel, “Notas históricas sobre la elección del método interpretativo”, en Elósegui, María *et al.* (coords.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva*, Zaragoza, España, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 963-990.

<sup>46</sup> Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 158.

<sup>47</sup> Bacigalupo, Luis, *Intención y conciencia en la Ética de Abelardo*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 286.

sual, regulado pelo ordenamento precisamente porque se entendia que só assim, com o arbítrio do juiz na hora da sentença, podia ser realizada e concretizada a justiça do caso que estivesse sendo julgado.<sup>48</sup>

De este modo, parece claro que, si la seguridad de actuar con justicia estaba en la conciencia y en la intención recta, la conciencia solo podía saber sobre la justicia de una acción realizada o, mejor aún, a ser realizada, cuando se enfrentaba con la intención que determinaba la finalidad de ésta. Este era el momento en el cual la conciencia cobraba su función de tribunal natural.<sup>49</sup> El enfrentamiento interno de la conciencia con las intenciones desvelaba la justicia atribuida a la acción.

El padre jesuita Hermann Busenbaum aclara en su tratado Segundo, Capítulo Primero, lo que se entendía por ley y ley justa:

Quando (*sic*) la ley es justa, y contra razón, no obligan, porque se desvía de la rectitud. Quando se duda de la justicia de la ley, estás obligado a ella; porque esta por el Superior la possession del derecho a mandar, y como él sea regido de consejo mas alto, puede tener razones, que el subdito no alcanza; Añade Suarez, que aunque aya razones probables contra la justicia de la ley, aun obliga; porque de otra suerte, se daría sobrada licencia para no obedecer à las leyes; pues apenas pueden ser tan justas, que no aya alguna razón aparente para hazerlas dudosas.<sup>50</sup>

El padre Juan de Alloza (1597-1666), teólogo jesuita peruano, estudiado por Rafael Ruiz,<sup>51</sup> puede ser localizado entre dos sistemas morales propios de la época, en el llamado «sumas de casos de conciencia», y nos servirá como parámetro en la comprensión de las decisiones judiciales, imbricando lo moral en lo jurídico, y permitiendo una pluralidad de interpretaciones y opiniones en torno de cada caso judicial.

Para Alloza, citando el análisis de Rafael Ruiz sobre la obra del jesuita, la «ley era una sanción que manda lo que es honesto y prohíbe lo contrario». Se trata de una orientación sobre como actuar según la conciencia, y para Ruiz:

A lei humana, afirmava Alloza, «nada mais é do que uma certa ordem da razão e um preceito em vista do bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado do bem da República». Portanto, na tarefa legislativa e na jurisdicional, tanto o legislador quanto o juiz, porque tinham livre arbítrio e luz da razão, podiam seguir

---

<sup>48</sup> Ruiz, Rafael, “Formação da consciência do juiz...”, *cit.*, p. 326.

<sup>49</sup> Godoy Proatti, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, *cit.*, p. 158.

<sup>50</sup> Busenbaum, Hermann, *Medula de la Theologia Moral...*, *cit.*, p. 7.

<sup>51</sup> Ruiz, Rafael, “Formação da consciência do juiz...”, *cit.*

ou não, acertar ou enganar-se ao tentar distinguir entre o bom e o mau, o honesto e o desonesto. Não se tratava de uma relação necessária nem de uma equação matemática. Existi a possibilidade do erro e do engano, porque uma coisa era a “luz” e outra os preceitos contidos na mesma: «A lei natural, nos seus primeiros princípios, é a mesma para todas as nações, mas não com relação às conclusões particulares».<sup>52</sup>

Ángel Muñoz García apunta que el problema, contextualizado en el marco de la “Edad Media”, no consistía en buscar y descubrir la verdad, sino en agradar a Dios y conseguir la salvación eterna. Era un problema moral. Este pensamiento existente dentro de un contexto cultural e ideológico medieval estaría presente también en la Modernidad, durante el periodo de conquista e instalación de las colonias en América. Este problema moral consiste exactamente, entonces, en cómo adecuar los actos humanos a las leyes existentes:

[...] Porque la ley es una «*ordinatio rationis*» y, por lo tanto, «nadie está obligado por precepto alguno sino mediante el conocimiento de dicho precepto», por eso la promulgación de la ley es condición imprescindible de su obligatoriedad. Es ese conocimiento el que hará obligatoria a la ley. Si todos los actos del hombre han de agradar a Dios, el hombre debe tener la certeza, previamente a pasar a poner el acto, de que éste es moralmente bueno. Pero, no siempre el hombre tiene certeza de la moralidad de la acción que proyecta, o de si —en su circunstancia concreta— es aplicable la ley. «*Lex dubia, non obligat*».<sup>53</sup>

Actuar con duda moral significaba pecar, según los moralistas, porque suponía un desprecio por la norma moral, como si se rechazara. Se hizo necesario, al menos en la práctica, salir de la duda y dirigirse hacia la certeza moral. Esto, en palabras de Ángel García, significaba un «dilema moral». Para acabar con tal dilema, los moralistas del siglo XVI elaboraron los llamados «sistemas morales».

---

<sup>52</sup> «La ley humana, afirmaba Alloza, «[...] no es nada más que una cierta orden de la razón y un precepto que visa el bien común, promulgada por aquel que tiene a su cuidado el bien de la república». Por lo tanto, tanto en la tarea legislativa como en la jurisdiccional, el legislador como el juez, al poseer ambos el libre albedrío y la luz de la razón, podían seguir o no, acertar o equivocarse al intentar distinguir entre lo bueno y lo malo, lo honesto y lo deshonesto. No se trataba de una relación necesaria ni de una ecuación matemática. Existía la posibilidad de equivocarse, de engañarse, porque una cosa era la “luz” y otra los preceptos contenidos en ella: «[...] la ley natural, en sus primordios, es la misma para todas las naciones, pero en relación con las conclusiones particulares». *Ibidem*, p. 335.

<sup>53</sup> Muñoz, Ángel, *Diego de Avendaño...*, cit., p. 64.

[...] Por un lado el tuciorismo, según el cual el hombre habrá de actuar siempre en base a lo que moralmente le parece más seguro, esto es, apegándose al mayor cumplimiento de la ley. Pero no siempre quedaría claro al sujeto moral si la intención del legislador sería la de obligar incluso en tal determinada y precisa ocasión. Sostener que el hombre debe guiarse por el mayor grado de acercamiento a la ley ocasiona el nuevo problema de cómo medir ese acercamiento. Por eso, surgirán otras soluciones: en tales casos de duda, el hombre puede libremente optar por cualquier respuesta, incluso la más apartada de la ley; «*in dubio, libertas*»: es el laxismo. Y, entre tuciorismo y laxismo, otras varias respuestas más, entre las que figura —de nuevo— el probabilismo, seguramente la tendencia predominante entre los moralistas de esa época.<sup>54</sup>

El probabilismo permite que, entre las diferentes opiniones existentes sobre la moralidad de una acción, el hombre podría elegir la opinión que considerase probable. Ángel García afirma que no se trataba de escoger lo que fuera «más probable» —esto sería otra forma de responder al dilema moral denominado *probabiliorismo*—, pero elegir la opción que pareciera más probable incluyendo la menos probable. Para el pensamiento probabilista, bastaba que la elección fuera probable para poder tener la certeza necesaria para ejecutar el acto moral.

Este sistema moral de pensamiento, surgido como una respuesta de los teólogos moralistas para el embate entre la adecuación de los actos humanos a la ley, en un contexto específicamente hispánico, consistía en una manera práctica de pensar.

Ángel García afirma que, para poder comprender el siglo XVII y todo el periodo colonial, debemos estudiar estas discusiones morales y escolásticas que, en aquellos tiempos, marcaron la vida de toda la sociedad, especialmente en su aspecto jurídico. Analizando el «*Thesaurus*» de Diego de Avendaño, en su capítulo XII del capítulo I, Ángel García apunta que:

[...] la aplicación del probabilismo en la donación pontificia a los reyes y en la selección de los dignos para un cargo; en las deducciones lógicas; en la disolución de los escrúpulos de los confesores ante sospechas probables. Explícitamente sostiene que basta la opinión suficiente o igualmente probable, aunque la contraria sea muy probable, prefiriendo la probabilidad intrínseca a la extrínseca; denuncia la incorrecta aplicación del probabilismo; más aún: lo acepta incluso en contra de su opinión, aun a cuando considere a ésta más probable. Y es claro que, cuando habla de opinión «muy probable», no se refiere precisamente a la que pareciera

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 65.

«cercarse más» a la cierta, sino a la que es «fuertemente» probable: que es la esencia del probabilismo.<sup>55</sup>

Por lo tanto, como afirma Mirian Turrini,<sup>56</sup> en el campo moral se podía actuar sin pecar por seguir otro juicio, sin que fuera necesario alcanzar la verdad especulativa, la cual debería aceptar en nuestro interior. En la teología moral no resultaba fácil encontrar la verdad absoluta y tener certeza sobre ella; tan solo se podía alcanzar una verosimilitud: una sentencia probable considerando la presencia de otras sentencias también probables o incluso aún más. Para el derecho del siglo XVII y XVIII no existían las certezas, pero sí existían las posibilidades que respondían a las demandas, a los intereses, necesidades y a la permanencia y continuidad de las reglas y conductas sociales, étnicos y de género bien definidos ya por las costumbres, la religiosidad católica que controlaban las conciencias.

En ese sentido, el probabilismo surgió como otra posibilidad más para encontrar la justa medida entre las normas y los casos concretos, entre la ley y la moral, entre lo que se esperaba jurídicamente y lo que de hecho se decidía y ejecutaba en la sentencia. La posibilidad del probabilismo, en este contexto, aumentó el pluralismo en la interpretación de la justicia, caso a caso.

Para Esteban Llamosas, la teología moral surgía con la preocupación, en la primera mitad del siglo XVII, con la formulación y resolución de casos de conciencia. «La preocupación por resolver las tensiones entre conciencia, libertad y ley, especialmente en aquellos casos en que la obligación de obrar resultaba dudosa, dio nacimiento a los llamados «sistemas morales» que brindaban respuestas para actuar en el caso concreto».<sup>57</sup>

Los sistemas morales solucionaban dudas de la conciencia del juez en el momento de sentenciar. «La teología prestaba un auxilio fundamental de contenidos y mecanismos de razonamiento a los que actuaban en una justicia de carácter lego».<sup>58</sup> Este modelo de sentenciar apoyándose en la teología moral y en el probabilismo, constituyendo una justicia casuista, siguió hasta el siglo XVIII, «mismo con una Audiencia radicada en la capital virreinal y alguna presencia mayor de letrados en la Ciudad».<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>56</sup> Turrini, Miriam, “La coscienza e leggi...”, *cit.*, p. 160.

<sup>57</sup> Llamosas, Esteban Federico, “Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo...”, *cit.*, p. 178.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 187.

#### IV. LA TEOLOGÍA MORAL EN EL PROCESO PENAL A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE CASOS CRIMINALES

Observamos que las leyes penales,<sup>60</sup> su vigencia y eficacia, estaban intrínsecamente relacionadas con las doctrinas de la teología moral propia de una sociedad católica que educaba, por medio de los manuales de teología y por medio de las prácticas religiosas cotidianas, sobre lo que era delito y pecado. El derecho respondió a estos valores y normas religiosas como reflejo de su contexto, hechos, valores y normas religiosas. Dicho esto, en la América hispánica el proceso penal desarrolló un sentido distinto del que vemos en la actualidad. Funcionaba como un medio de reparación de la conciencia, como una forma de absolución de los pecados y de la salvación del alma, además, claro está, de la típica preocupación penal de la aplicación y distribución de la pena y coerción de los actos delictivos.

En ese sentido, el delito cometido no era el foco principal del proceso judicial, sino el daño producido en el alma del reo al cometer el pecado. La pena jurídica significaba más que una reparación frente la sociedad por el acto delictivo; ella representaba una limpieza del alma, una penitencia para lograr ser perdonado (en una esfera más allá de lo humano). Por lo tanto, el proceso penal cumplía dos funciones extremadamente importantes en esta sociedad: una jurídica y una religiosa. Ambas esferas estaban unidas y pueden observarse en la práctica jurídica procesal, por medio de los principios morales que fundamentaban los argumentos jurídicos.

Para ilustrar este punto, presentamos un análisis de algunos procesos de final del siglo XVIII en la Real Audiencia del Virreinato de Lima, a partir de esta llave de lectura teológica y canónica. En el caso de violación de una esclava menor de edad, ocurrido en 1756, por parte de otro esclavo, de casta zambo, el defensor Thomas Julián, representando a doña Ana Álvarez de Sotomayor, mujer de don Manuel de los Ríos, en los actos criminales contra Evarista Liña, solicitó al juez “equidad” en el análisis de la fuga del imputado, argumentando no haber existido ningún delito ni motivo ni fundamento que justificara el proceso criminal. Se apuntó también que, como enseñaban las autoridades y doctrinas, las causas criminales deberían atenerse más a la impunidad del reo que al castigo y para lograr esto, las pruebas deberían ser plenas y claras.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Para esta época, siglo XVII y XVIII, preferimos hablar de “Leyes penales”, más que de derecho penal, pues no se diferenciaba un campo separado y específico. Los teólogos discurrían acerca de la fuerza de las leyes penales (*i e.*, Alfonso de Castro).

<sup>61</sup> Archivo General de la Nación (AGN en adelante), *Sección Causas Criminales, Real Audiencia*, Legajo XVIII, cuaderno 209, 1576: 76r.

Continuando con su argumento, el defensor Julián alegó que existían dudas en el material controvertido, y que en estos casos debía practicarse la equidad y, a la luz de todos los derechos, en caso de existir duda probatoria, debería ser resuelto a favor del reo para que no se le condenase a la pena de deshonor, que era el motivo de esta causa criminal durante esta época. Afirmó que, en caso de duda, «[...] cuio estado oy, por hallarse del clérigo, constituyo en orden sacro, merece que la piedad de V.A., le trata con equidad que corresponde a su notoria justificación, en la condenación de un delito, que no se le ha calificado, y solo pudo maquinar el de honor de su propia hija (sic)».<sup>62</sup>

En otro caso de oficio, sucedido en el año de 1758, contra Julián Hurtado y Gerónimo de la Rosa, por haber azotado hasta la muerte a la india María Mercedes,<sup>63</sup> los reos en respuesta, apelando la sentencia, alegaron que no se debería analizar en los procesos criminales los delitos por sí mismos, pero si por la voluntad y la intención del acto. Esta interpretación aparece como una estrategia para disminuir la pena, atribuyéndoles un mayor valor a la intención y a la voluntad de actuar que al acto propiamente dicho.

El defensor pretendía justificar la reducción de la pena impuesta a Julián Hurtado alegando que este azotó a la víctima pocas veces y sin intención de matarla, como era, además, costumbre entre los indígenas.<sup>64</sup> De esta manera, el exceso en el castigo aplicado a la víctima que le causó la muerte fue de Gerónimo y no de Julián. El primero se habría excedido en la violencia del acto y, por eso, manifestado su intención de matar. El segundo, de acuerdo con la costumbre indígena, no. La culpa por el homicidio debería recaer entonces sobre Gerónimo, quien fue quien atacó en repetidas ocasiones a María Mercedes.<sup>65</sup>

Este ejemplo hace explícita la importancia de encontrar la intención en el delito, el ánimo premeditado y deliberado para cometer el crimen,<sup>66</sup> y la duda para definir sobre a quién atribuirle la culpa según el ánimo y la conciencia, para ser imputado criminalmente.

[...] El que mata al otro deliberadamente instuie a su animo del modo con que ha de executar la muerte; esta instrucción que es la diligencia bastante para hacerla con industria, [...] y entonces la executa per industriam ep ter insidas, que es lo expreso del Derecho Canónico. Pero no pudiendo dejarse de concentrir estas mismas circunstancias en el homicida voluntario con animo premeditado, y delibrado, para quitar los voluntarios modos de opinar sobre si las dichas do palabras

---

<sup>62</sup> AGN, legajo XVIII, cuaderno 209, 1756: 76v.

<sup>63</sup> *Ibidem*, legajo XX, cuaderno 230, 1758.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 23v.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 23r.

<sup>66</sup> *Ibidem*, legajo XXIII, cuaderno 260, 1761: 17r.



tienen un mismo concepto [...] se declaro que bastaba el animo premeditado, y deliberado del homicida para que no le valiese la inmunidad.<sup>67</sup>

En otro proceso criminal de 1785, Baltasar de los Reyes, defensor del reo don Lorenzo Descalzo, en los actos contra Manuela Pando mujer española, sobre un caso de violación, y respondiendo al traslado, alegó que se debía mantener la sentencia sin aumentar la condena, como había sido solicitado por la otra parte, porque las pruebas presentadas no estaban en el grado exigido para la condenación de este delito. Fundamentó su argumento de la siguiente manera:

[...] Es el caso que en los juicios suelen no avanzarse las pruebas hasta aquel grado que elije la condenacion peculiar del delito, y entonces se usa del arbitrio, como acontece en el acusado de un homicidio, a quien se impone pena, pero no la Capital, sino la de destierro. El Juez en lo interior de su corazón, o como hombre probado conoce la culpa, o inocencia del Reo, pero el Proceso, o la formalidad judicial lo necesita aun juzgamiento arbitrario de distinta esfera. A si en nuestro caso, no es estraño entender que la misma duda, y obscuridad del pretendido estupro pudo dar margen a la sentencia vista en punto de los alimentos, y de los quinientos por la dotación.<sup>68</sup>

En ese sentido, considerando las dudas existentes sobre el delito, el defensor del reo alegó que el juez, en su fuero interno, en su corazón, conocía la culpa o la inocencia del reo, pero el proceso, por su formalidad judicial, necesitaba de un juzgamiento arbitrario dado en distinta esfera. Continuando sus fundamentos, el mismo defensor argumentó que, mismo en las segundas instancias, con permiso de las Leyes para conocer la verdad a mejor luz y con mayor discernimiento, los jueces tienen la presunción del acierto en sus decisiones, pero no la infalibilidad.<sup>69</sup> Todavía cuando había dudas, la justicia era basada en presunciones y esta, en el fuero interno.

La causa seguida de oficio contra José Antonio Escarola, negro, por haber matado a su mujer María Concepción, también negra y ambos esclavos de la Marquesa de Torrehermosa en 1788, el defensor del reo, Felipe Useda apeló de la sentencia afirmando que las leyes eran fundadas en equidad y moderación, y aunque no se debería juzgar por los hechos sino por las leyes, no estaba ajeno de un juez proceder del mismo modo cuando hallábase en iguales

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, 17v.

<sup>68</sup> *Ibidem*, legajo LVIII, cuaderno 680, 1786: 26r.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 26v.

circunstancias y conforme a su dictamen.<sup>70</sup> Tenemos otro ejemplo del arbitrio del juez en la adaptación de las leyes en los casos concretos.

[...] Es verdad, que en el presente caso no se verifica en sentido literal de la Ley; pero al menor la mente de esta favorece bastante à Escarola, ya que no tubo por motivo executar el uxoricidio, por a ver encontrado a su mujer unida con el adultero, hubo à lo menos una confesión clara del adulterio hecha por la misma Muger lo que en sentir de un mui recomendable criminalista, hace lo mismo, y produce los propios efectos de la aprehensión física.<sup>71</sup>

La sentencia fue reformada después del recurso de apelación: de una pena ordinaria de muerte, el reo fue condenado al destierro por diez años en las Islas de Juan Fernández.

La teología moral de los siglos XVII y XVIII tenía la función de delimitar hasta donde era lícita o no una práctica humana. El acto podía ser considerado justo o injusto si antes de ser ejecutado se podía probar la existencia de una instancia donde se involucraba el entendimiento. La conciencia, guiada por la virtud de la prudencia, que discernía entre el bien y el mal, confería al acto humano su calidad de “justo”. Sin la mediación de la conciencia, entendida como acto del entendimiento, no se podía establecer la justicia de una acción.

El aspecto moral, conscientemente, garantizaba el carácter justo y, de esta manera, quien controlaba la conciencia, controlaba las decisiones y la justicia de las cosas. En este punto tenemos clara, entonces, la relación entre la Iglesia y el Estado, como lo señalan Paolo Prodi y Bacigalupo. El poder de controlar la conciencia significaba también el poder de controlar las decisiones jurídicas como una forma de coerción, de delimitar y establecer el poder. El sistema moral probabilista surgió en este debate teológico-jurídico, desacomodando la relación entre Iglesia y Estado en lo referente al control de las conciencias.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

El probabilismo presentó argumentos razonables, probables, para que cada persona, juez o no, decidiera en su conciencia lo que mejor le pareciera. Presentaba varias soluciones probables y justificadas por la misma razón: son igualmente probables, en la misma intensidad de su “probabilidad” desde lo más pequeño hasta el mayor grado de probabilidad y, para el caso de la duda, un pequeño grado de certidumbre ya era suficiente para resolver el problema moral

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, legajo LXII, cuaderno 721, 1788: 84v.

<sup>71</sup> *Ibidem*, 83v.

y práctico, estableciendo así una conciencia segura. La acción jurídica generaba una obligación externa y la acción moral una obligación interna, dada en conciencia. El derecho confrontaba estas acciones y tenía como respuesta un sentido de justicia que mejor se adaptaba al caso concreto, regulando sujetos y conductas.<sup>72</sup>

En los procesos criminales de la Real Audiencia de Lima observamos esa relación entre Derecho y Religión, además de sus imbricaciones en el ámbito jurídico. No quedan claras, por lo menos en esta corta selección documental que presentamos, las diferencias entre “delito” y “pecado”. Aún durante el siglo XVIII se hace referencia a la intención, al ánimo, a la duda moral en las evaluaciones del delito en cuanto crimen y en la deliberación de la pena.

Los procesos criminales presentan las contradicciones del derecho, o mejor, las relaciones entre la teología moral y la ley, entre la Iglesia y el Estado, entre las costumbres indígenas y las de los colonizadores y las reglas impuestas socialmente, así como en las causas civiles, donde se mezclaban los asuntos, más allá de lo que se entendía como “delito” y la práctica consuetudinaria. Percibimos la existencia de una búsqueda que vacilaba entre aciertos y errores, de la aplicación de la justicia por medio de la interpretación de los casos, de las leyes, de las costumbres, de las doctrinas y de las demandas sociales típicas del contexto colonial hispánico. Notamos también, subjetivamente, la obligación impuesta por el Estado moderno de un “deber ser”, a veces contradiciendo lo previsto en las normas y reforzando las diferencias entre los ámbitos privado y público.

Retomando a Mirian Turrini: fue la conciencia individual del juez la que lo orientó, no solo al examinar las pruebas, sino en el avance de las fases del proceso y de las propias partes en el proceso, así como orientó el arbitrio que poseía el juez para la emisión de la sentencia. Esta forma de pensar está alineada con la de Víctor Tau Anzoátegui al hacer evidente, en el tejido normativo, espacios provistos de cierta autonomía y libertad de acción, respondiendo a las prácticas propias, a los intereses, privilegios, excepciones, silencios y tolerancias existentes; para moderar y adecuar el rigor de ciertas normas y doctrinas a la necesidad casuística.

Se admitía el arbitrio y la equidad en la práctica jurisprudencial, así como en los tribunales, y a la teología moral, por medio de la práctica probabilista, como una forma de garantizar —dentro de esta flexibilidad— la existencia de una conciencia recta y segura, en medio de tantas dudas e inseguridades típicas de una nación explotada y violentada por la colonización europea.

---

<sup>72</sup> Pérez, Antonio, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuesto para una filosofía de la experiencia jurídica*, 9a. ed., Sevilla, España, Universidad de Sevilla-Mergablum, Edición y Comunicación, 2006.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Archivo General de la Nación (AGN), *Sección Causas Criminales, Real Audiencia*, Lima.
- BACIGALUPO, Luis, *Intención y conciencia en la ética de Abelardo*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- BUSENBAUM, Hermann, *Medula de la theologia moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermann Busembaum, de la Compañía de Jesus*, Barcelona, España, 1688.
- DECOCK, Wim, “La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)”, en *Derecho-PUCP*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014 núm. 73.
- GODOY, Elaine, *Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frey Miguel Agia*, São Paulo, Brasil, Universidade Federal de São Paulo-Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2015.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de Tomás, Francisco, Madrid, España, Marcial Pons, 1996.
- KOSELLECK, Reinhart, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. de Wilma Mass, Río de Janeiro, Brasil, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 2006.
- LLAMOSAS, Esteban Federico, “Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo: la teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardocolonial”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Ciudad de Córdoba, CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, 2011, vol. 14, núm. 2.
- TURRINI, Miriam, “La coscienza e leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima Età moderna”, en *Annali dell’ Istituto storico italo-germanico*, Bolonia, Italia, Società editrice il Mulino, 1991.
- MARILUZ URQUIJO, José M., “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1976, núm. 4.
- MARTIRÉ, Eduardo, *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias: Del iudex perfectus al iudex solutum*, Buenos Aires, Argentina, Librería Histórica, 2009.
- MUÑOZ, Ángel, *Diego de Avendaño. Filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima, Perú, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos–UNMSM, 2003.
- PÉREZ, Antonio, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuesto para una filosofía de la experiencia jurídica*, 9a. ed., Sevilla, España, Universidad de Sevilla-Mergablum, Edición y Comunicación, 2006.

- PÉREZ, Juan Beneyto, “Fuero, costumbre y doctrina en el derecho medieval español”, *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, Madrid, España, 1969.
- PRODI, Paolo, *Uma história da justiça*, São Paulo, Brasil, Martins Fontes, 2005.
- RODRÍGUEZ, Manuel, “Notas históricas sobre la elección del método interpretativo”, en ELÓSEGUI, María y GALINDO, Fernando (coords.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva*, Zaragoza, España, Justicia de Aragón, 2008.
- RUIZ, Rafael, “Formação da consciência do juiz no vice-reinado do Peru”, *Revista História*, São Paulo, Brasil, Universidade de São Paulo-USP, julio-diciembre de 2014, núm. 171.
- RUIZ, Rafael, “La ley para el juez o el juez para la ley: la trayectoria del papel del juez en la construcción del Estado moderno”, en QUINTERO, José (coord.), *El nacimiento de la libertad en la Península Ibérica y Latinoamérica: Actas del XVI Congreso Internacional de AHILA. San Fernando (España), 6 al 9 de septiembre de 2011*, San Fernando, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos (AHILA), 2014.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “La disimulación en el Derecho Indiano”, en Barrios, Feliciano (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: Actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cuenca, España, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. II.
- TUTINO, Stefania, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A history of probabilism*, Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2018.
- VEREECKE, Louis, *Conscience morale et loi humaine, selon Gabriel Vazquez S. J.*, en PH. DELHAYE, J. C. DIDIER, P. Anciaux (coords.), *Bibliothèque de Théologie, Théologie Morale, serie II*, Tourcoing, Desclée & Cie, 1957, vol. IV.